

De fiscale aspecten van pensioendeling bij echtscheiding

Citation for published version (APA):

Bollen-Vandenboorn, A. H. H. (2004). *De fiscale aspecten van pensioendeling bij echtscheiding*. [Doctoral Thesis, Maastricht University]. Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers.
<https://doi.org/10.26481/dis.20041201ab>

Document status and date:

Published: 01/01/2004

DOI:

[10.26481/dis.20041201ab](https://doi.org/10.26481/dis.20041201ab)

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Samenvatting

Wanneer een huwelijk eindigt in een scheiding dienen vele, waaronder vermogensrechtelijke, zaken geregeld en afgewikkeld te worden. Onderdeel van de afwikkeling van een scheiding vormt de deling van pensioen. In hoofdstuk 1 is uiteengezet wat onder pensioen verstaan moet worden voor wat betreft dit onderzoek. Aan de deling van pensioen bij scheiding zijn zowel civielrechtelijke als fiscaalrechtelijke consequenties verbonden. In dit onderzoek is in deel I aandacht besteed aan de civielrechtelijke consequenties en in deel II komen de fiscaalrechtelijke consequenties van de pensioendeling bij scheiding aan bod. Centraal staat de vraag in hoeverre het fiscale recht aansluit op de civielrechtelijke uitvoering van de pensioendelingsmethodes in geval van scheiding van tafel en bed dan wel echtscheiding. Dit onderzoek betreft derhalve een interne rechtsvergelijking. Voor zover het fiscale recht een belemmering vormt voor de civielrechtelijke uitvoering van de pensioendelingsmethodes is aangegeven op welke wijze deze belemmering weggenomen kan worden.

Voor de vraag welke pensioendelingsmethodes bestaan, dient gekeken te worden naar de in hoofdstuk 2 en 3 genoemde verrekenings- en vereveningsmethodes. Een omvangrijke geschiedenis gaat hieraan vooraf. Onder invloed van het Romeinse en Germaanse recht heeft het huwelijksvermogensrecht zich ontwikkeld tot wat het nu is. En nog blijkt dat dit rechtsgebied in beweging is. Het aanhangige wetsvoorstel 28 867, met beoogde ingangsdatum 1 januari 2005, voorziet in een aanpassing van de gemeenschap van goederen. Dit wetsvoorstel is echter van ondergeschikt belang voor mijn onderzoek. De ontwikkelingen binnen het huwelijksvermogensrecht zijn ook van belang voor het pensioen. Dat is altijd zo geweest en dat blijft nog steeds zo. De eerste ontwikkelingen in de jurisprudentie met betrekking tot het pensioen in geval van scheiding stammen uit de eerste helft van de vorige eeuw.

Op 7 oktober 1959 (BNB 1959/355) wijst de Hoge Raad een belangrijk arrest en oordeelt hij dat pensioen een zodanig aan de persoon van de rechthebbende verknocht goed is, dat dit niet in de huwelijksgemeenschap valt. Dit betekent dat het pensioen in geval van scheiding niet toegedeeld kan worden aan een ander dan de rechthebbende en dat zelfs geen ruimte voor enige waardeverrekening bestaat. Deze opvatting wordt door de Hoge Raad gehuldigd totdat hij in 1981 om gaat. In het Boon/Van Loon-arrest (HR 27 november 1981, NJ 1982/503) oordeelt de Hoge Raad dat pensioenrechten als voorwaardelijke vorderingsrechten in beginsel in de gemeenschap vallen, tenzij de verknochtheid zich daartegen verzet. De aard van de pensioenrechten leent zich niet voor toedeling aan een ander dan de rechthebbende, doch dat neemt niet weg dat bij de verdeling van de gemeenschap met pensioenrechten rekening wordt gehouden in de vorm van een waardeverrekening. Reden daarvoor is dat niet alleen een verknochtheid bestaat met de persoon van de rechthebbende maar ook een niet te verwaarlozen band met de persoon van de andere echtgenoot. Voor wat de ouderdomspensioenen betreft, bestaat deze band hierin dat het pensioenrecht uit maatschappelijk oogpunt bestemd is te voorzien in de behoeften van beide echtgenoten en dat de opbouw van een zodanig pensioen, in verband met de gehele of gedeeltelijke financiering daarvan uit de gemeenschap en de bij velen bestaande taakverdeling binnen het huwelijk, in beginsel gezien moet worden als het resultaat van de gemeenschappelijke inspanning van beide echtgenoten. Een soortgelijke redenering geldt ook

voor het weduwepensioen, welk pensioen toebedeeld wordt aan de partner van de pensioendeelnemer. De Hoge Raad schrijft vervolgens niet dwingend voor op welke wijze verrekend moet worden, maar geeft wel een aantal voorbeelden. Het is aan de praktijk om verrekensmethodes te ontwikkelen. De volgende methodes kunnen als verrekensmethode aangemerkt worden:

1. Verrekening door middel van een voorwaardelijke uitkering opeisbaar naarmate de pensioentermijnen opeisbaar worden en gebonden aan het leven van beide echtgenoten.
2. Verrekening door middel van contante betaling.
3. Verrekening door middel van toescheiding van vermogensbestanddelen.
4. Verrekening door middel van splitsing van pensioen en pensioentermijnen.
5. Verrekening door middel van cessie van pensioentermijnen.
6. Verrekening door middel van storting van een koopsom voor een lijfrente bij een professionele verzekeraar.
7. Verrekening door middel van toescheiding van een bestaande lijfrente.
8. Verrekening door middel van toekenning van lijfrente op eigen naam.
9. Verrekening door middel van verhoging van alimentatie-uitkeringen.
10. Afstand doen van pensioenverrekening over en weer.

Wanneer partijen in het huwelijk treden, kunnen ze in plaats van een huwelijksgoederenregime met goederenrechtelijke werking kiezen voor een huwelijksgoederenregime waarbij elke gemeenschap van goederen wordt uitgesloten en waarbij partijen verbintenissenrechtelijke afspraken maken. Partijen hebben hierin een ruime mate van vrijheid. Een aantal stelsels waarvoor gekozen kan worden, vindt zijn oorsprong in de wet. Andere stelsels zijn in de praktijk ontwikkeld. De stelsels die hun oorsprong vinden in de wet betreffen het deelgenootschap en wat voorheen het wettelijk deelgenootschap werd genoemd. Deze stelsels vonden tot 1 september 2002 hun grondslag in Boek 1 BW, doch sinds die datum zijn zij uit de wet verdwenen. Dat neemt echter niet weg dat huwelijkspartners nog steeds voor een dergelijk stelsel kunnen kiezen. De in de praktijk ontwikkelde stelsels betreffen de finale en periodieke verrekenbedingen. Met name het Amsterdams verrekenbeding, een periodiek Verrekenstelsel, wordt in de praktijk veelvuldig toegepast.

Indien een huwelijk eindigt in een scheiding, terwijl partijen een deelgenootschap hebben opgenomen in de huwelijkse voorwaarden en de WVPS is buiten werking gesteld, moet de waarde van de pensioenaanspraken, voorzover opgebouwd tijdens het huwelijk, in de waardeverrekening betrokken worden.

In geval van een finaal verrekenbeding wijkt de waardeverrekening in toepassing niet veel af van die van het deelgenootschap. Het verschil is hier dat verrekend moet worden alsof een gemeenschap van goederen heeft bestaan. Dat betekent dat niet alleen de waarde van de tijdens het huwelijk opgebouwde pensioenaanspraken verrekend moet worden (zoals bij het deelgenootschap), maar ook de waarde van de pensioenaanspraken die reeds voor het huwelijk is ontstaan. Dit geldt overigens alleen wanneer de werking van de WVPS is uitgesloten.

De systematiek is geheel anders bij een periodiek verrekenbeding. Toepassing van dit stelsel brengt met zich dat het onverteerde inkomen verrekend moet worden. Uit jurisprudentie is duidelijk naar voren gekomen dat het betalen van de pensioenpremie aangemerkt moet worden als het verteren van inkomen. Dat betekent dat de pensioenaanspraken geen onderdeel uitmaken van het onverteerd inkomen. Dat is ook van belang wanneer blijkt dat geen uitvoering is gegeven aan het periodiek verrekenbeding tijdens het huwelijk, hetgeen in de praktijk veelvuldig voorkomt. Wanneer het huwelijk dan in een scheiding eindigt en ook hier is de werking van de WVPS uitgesloten, moet de waarde verrekend worden van al hetgeen voortgevloeid is uit het niet-verdeelde onverteerde inkomen. Tot dit niet-verdeelde onverteerde inkomen behoren dus niet de pensioenaanspraken.

Dat wat wel meegenomen kan worden in de periodieke verrekening is het gedeelte van de pensioentermijn dat uitbetaald is, maar dat niet verteerd is. Doch let wel, deze resultaten gelden uitsluitend wanneer de werking van de WVPS is uitgesloten dan wel de WVPS niet van toepassing is.

Met ingang van 1 mei 1995 is een en ander gewijzigd. Het pensioen is niet langer een onderdeel van de huwelijksgemeenschap. Met ingang van de genoemde datum is de WVPS ingevoerd. Wanneer een huwelijk eindigt in een scheiding wordt het pensioen ingevolge de WVPS verevend, mits sprake is van een pensioen in de zin van de WVPS. In hoofdstuk 3 worden de vereveningsregels uiteengezet. De wet geeft een aantal vereveningsmogelijkheden, te weten de standaardmethode, de alternatieve methode (verevening aan de hand van een afwijkende periode, verevening aan de hand van een afwijkend vast percentage) en de conversie. Indien partijen in het geheel geen verevening wensen, voorziet de wet eveneens in de mogelijkheid om de werking van de WVPS uit te sluiten. Uitsluiting van de werking van de WVPS brengt dan met zich dat het huwelijksvermogensrecht herleeft en dat het pensioen verrekend moet worden. Indien partijen ook geen pensioenverrekening wensen, dienen ze dit apart in hun huwelijkse voorwaarden of echtscheidingsconvenant op te nemen. Voor de pensioenen die niet onder de werking van de WVPS vallen, geldt automatisch dat het huwelijksvermogensrecht daarvoor blijft gelden. Deze pensioenen zullen verrekend moeten worden. Dat dit voorafgaande ook de bedoeling van de wetgever is geweest, blijkt uit de gehele totstandkomingsgeschiedenis van de WVPS. Voor buitenlandse pensioenen gelden aparte regels. Wanneer bij toepassing van deze regels blijkt dat het pensioen verevend kan worden volgens de WVPS, ontstaat voor de vereveningsgerechtigde een rechtstreeks recht op uitbetaling jegens de vereveningsplichtige en niet jegens het uitvoeringsorgaan. Een buitenlands uitvoeringsorgaan kan immers niet gedwongen worden gehoor te geven aan de toepassing van Nederlandse wetgeving. Nu uit hoofdstuk 3 naar voren komt dat de WVPS niet altijd van toepassing is dan wel de toepassing niet altijd gewenst is, blijkt hieruit heel duidelijk dat het Boon/Van Loon-regime nog steeds van groot belang is voor de praktijk. De inwerkingtreding van de WVPS heeft het Boon/Van Loon-regime niet verdrongen, doch vormt juist een uitbreiding van mogelijkheden.

Uit hoofdstuk 2 en 3 blijkt dat zowel de verevenings- als de verrekeningsmethodes van belang zijn voor de praktijk. In hoofdstuk 4, 5 en 6 (deel II) wordt vervolgens beoordeeld in hoeverre het fiscale recht aansluit op bovengenoemde methodes. Daar blijkt dat de civielrechtelijke methodes van groot belang zijn en blijven voor de praktijk, verdient het aanbeveling dat deze methodes ook op een adequate wijze fiscaal begeleid worden en moet voorkomen worden dat het fiscale recht belemmeringen vormt bij de uitvoering van de civielrechtelijke methodes. In hoofdstuk 4 zijn de fiscale aspecten aan de orde gekomen van de vereveningsmethodes. Aangezien de pensioenverevening volledig buiten het huwelijksvermogensrecht om plaatsvindt, kan geen sprake zijn van over- of onderbedelingen bij partijen, waardoor schenkingsrechten verschuldigd zouden zijn. Evenmin is het mogelijk om het vereveningsdeel, of een gedeelte daarvan, af te kopen of te verrekenen. De WVPS biedt daarvoor in het geheel geen mogelijkheden. Indien partijen iets in de plaats willen stellen voor (een deel van) het vereveningsdeel, moeten ze de werking van de WVPS uitsluiten en kiezen voor een van de verrekeningsmethodes. De toepassing van de WVPS vindt plaats zonder fiscale gevolgen. Op het moment van de pensioeningang geldt als uitgangspunt de fiscale omkeerregel. Hierop is een drietal uitzonderingen te maken. Voor het pensioen van de gekozen politieke ambtsdrager en het pensioen van de niet-werknemer die verplicht moet deelnemen in een bedrijfstakpensioenfonds alsmede het buitenlands pensioen dat niet onder de kwalificatie van art. 1.7, lid 2, onderdeel c Wet IB 2001 valt, geldt in beginsel niet de toepassing van de omkeerregel of bestaat daar onduidelijkheid over. Met betrekking tot de eerste twee genoemde regelingen zou het probleem opgelost kunnen worden door deze regelingen duidelijk en expliciet in art. 11 Uitvoe-

ringsbesluit LB 1965 op te nemen. Daarmee wordt eenheid in uitvoering bereikt, aangezien dan de omkeerregel van toepassing wordt op deze regelingen.

Het probleem met betrekking tot de niet-kwalificerende buitenlandse pensioenregelingen is dat nog niet duidelijk is hoe internationaal tegen de forfaitaire rendementsheffing wordt aangekeken. Is dit een heffing naar inkomen of naar vermogen?

De fiscale consequenties die verbonden zijn aan de toepassing van de vereveningsmethodes vormen geen beletsel bij de civielrechtelijke uitvoering van de methodes. Het fiscale recht sluit derhalve aan op het civiele recht.

Enige fiscale belemmeringen doen zich daarentegen wel voor bij de civielrechtelijke uitvoering van enkele verrekenmethodes. Dit vloeit voort uit hoofdstuk 5, waar de fiscale aspecten van de pensioenverrekenmethodes onderzocht worden. De wetgever heeft gekozen voor een verzorgingsrechtelijke benadering. Dit komt tot uiting in regelgeving die overeenkomt met de regels voor alimentatie-uitkeringen. In zijn algemeenheid blijkt dat het uitvoeringsorgaan vanaf de pensioeningangsdatum de pensioentermijn onder inhouding van loonbelasting volledig uitbetaalt aan de verrekeningsplichtige. Afhankelijk van de gemaakte afspraken betaalt de verrekeningsplichtige in beginsel door aan de verrekeningsgerechtigde. De verrekeningsgerechtigde wordt voor zijn deel belast en de verrekeningsplichtige mag het deel dat hij doorbetaalt aan zijn ex-partner in mindering brengen op zijn (belastbaar) inkomen. Met betrekking tot de wijze van verrekenen bestaan echter vele mogelijkheden. Zo hoeft de verrekening niet periodiek plaats te vinden, maar kan dat ook door middel van een eenmalige transactie afgehandeld worden.

Let wel, er vindt in dat geval geen afkoop van pensioen plaats, maar een verrekening van pensioen. De verrekeningsplichtige heeft de verplichting tot verrekening van pensioen. Op welke wijze daar uitvoering aan gegeven moet worden, is nergens voorgeschreven. Dat kan door middel van een periodieke betaling, maar ook door middel van een eenmalige betaling. Bovendien impliceert afkoop van pensioen een wijziging van de omvang van de pensioenaanspraak, en ook daar is geen sprake van. Het betreft slechts een waardeverrekening.

Wanneer de pensioenverrekening plaatsvindt door middel van een eenmalige transactie, bijvoorbeeld betaling van een eenmalig bedrag of het storten van een koopsom bij een professionele verzekeraar voor een lijfrente, mag de vereveningsplichtige dit bedrag in aftrek brengen, doch met inachtneming van de rangorderegels van art. 6.2 Wet IB 2001. Dat betekent voor een deel aftrek tegen het progressieve tarief van box 1, vervolgens aftrek tegen 30%, het tarief van box 3 en ten slotte aftrek tegen 25%, het tarief van box 2. Dit is nadelig voor de vereveningsplichtige. Indien hij gekozen zou hebben voor een periodieke betaling over de jaren heen, zou hij een veel groter deel tegen het progressieve tarief in aftrek kunnen brengen. De rangorderegels van art. 6.2 Wet IB 2001 brengen met zich dat de verrekeningsplichtige geen verrekening zal willen laten plaatsvinden waarbij de verrekening door middel van een eenmalige transactie wordt afgewikkeld. Ik stel dan ook voor om art. 6.2 Wet IB 2001 te wijzigen. Als hoofdregel dient te gelden dat alle onderhoudsverplichtingen ten laste van het inkomen uit werk en woning worden gebracht tegen progressief tarief. Dit inkomen mag echter niet verder verminderd worden dan tot nihil. Voorzover een restantbedrag overblijft aan onderhoudsverplichtingen, schuift dit door naar het volgende jaar. Daarnaast dient een uitzonderingsregeling te worden ingevoerd, waarvan alleen op verzoek gebruik kan worden gemaakt. Indien de belastingplichtige uitsluitend inkomen in box 2 en/of box 3 heeft, laat hij de post onderhoudsverplichtingen niet in afwachting van box 1-inkomen staan tot volgend jaar, maar verzoekt hij deze post in mindering te brengen op zijn aanwezige inkomen in box 2 en/of box 3. Telkens wanneer de belastingplichtige van deze uitzonderingsregeling gebruik wil maken, zal hij daartoe een verzoek moeten doen in zijn aangifte. Door art. 6.2 Wet IB 2001 op bovenstaande wijze aan te passen, ontstaat mijns inziens een regeling die rechtvaardiger is dan de huidige, voor iedereen gelijk is en bovendien in overeenstemming is met de opvatting van de wetgever, zoals hij die heeft uiteengezet in de parlementaire stukken.

Vervolgens geeft de redactie van art. 6.3, lid 1, onderdeel d Wet IB 2001 aanleiding tot misverstand. Aangezien in deze bepaling gesproken wordt over 'bedragen', lijkt dit te impliceren dat vermogenswaardes niet onder de werking van deze bepaling vallen, terwijl de wetgever wel deze intentie heeft. Dit blijkt immers ook uit de voorgeschiedenis en de parlementaire geschiedenis behorend bij art. 6.3 Wet IB 2001. Voorstel is om niet over 'bedragen' te spreken, maar over 'al hetgeen'. Door deze wijziging is de oude situatie weer hersteld en is duidelijk wat de wetgever wil met deze bepaling.

Ten slotte vormt het fiscale recht een beletsel wanneer de pensioenverrekening plaatsvindt door een bestaande gefacilieerde lijfrente aan de verrekeningsgerechtigde toe te scheiden. Ook hier is het probleem gelegen in de redactie van de bepaling. Dit betreft art. 3.134, lid 2 Wet IB 2001. Deze bepaling zorgt ervoor dat de sanctiebepalingen van het gefacilieerde lijfrenteregime niet van toepassing worden wanneer een bestaande lijfrente wordt toegescheiden aan de ex-partner. De redactie van deze bepaling brengt echter met zich dat zij geen werking heeft in geval van pensioenverrekening, terwijl dat nu juist de bedoeling is. De wetgever spreekt in deze bepaling over verevening, terwijl het toescheiden van een gefacilieerde lijfrente binnen de vereveningsmethodes in het geheel niet mogelijk is. De redactie van deze bepaling moet dan ook veranderd worden en wel in die zin dat niet over verevening, maar over verrekening wordt gesproken.

Na aanpassing van bovengenoemde aspecten sluit het fiscale recht volledig aan op het civiele recht. Voor sommige verrekenmethodes zou geconcludeerd kunnen worden dat ze hun belang voor de praktijk hebben verloren vanwege hun grote gelijkenis met de wettelijke vereveningsmethodes, ware het niet dat deze verrekenmethodes van belang zijn voor de niet-WVPS-pensioenen. Dit geldt met name voor de methode waarbij een voorwaardelijke uitkering wordt toegekend aan de verrekeningsgerechtigde, gebonden aan het leven van de man en de vrouw, en opeisbaar naarmate de pensioentermijnen opeisbaar worden en de methode van pensioensplitsing. Deze methodes kennen een adequate fiscale begeleiding.

De volgende verrekenmethodes worden eveneens op een adequate wijze fiscaal begeleid en zijn nog steeds van groot belang voor de praktijk:

1. verrekening door middel van verhoging alimentatie-uitkeringen;
2. verrekening tegen contante betaling;
3. verrekening tegen vermogenswaarde;
4. verrekening door middel van toescheiding van bestaande lijfrenteverzekerings;
5. verrekening door middel van aangaan van lijfrenteverplichting door verrekeningsplichtige zelf;
6. verrekening door middel van storting van koopsom voor lijfrente bij professionele verzekeraar door verrekeningsplichtige.

In hoofdstuk 6 is vervolgens aandacht besteed aan de fiscale gevolgen met betrekking tot pensioen wanneer partijen bijzondere verbintenisrechtelijke afspraken hebben gemaakt. Dit hoofdstuk bestaat uit twee delen. In het eerste deel is onderzocht welke fiscale gevolgen verbonden zijn aan het uitsluiten van de toepasselijkheid van de WVPS en het Boon/Van Loon-regime alsmede het uitsluiten van het bepaalde in art. 8a, lid 1 en 2 PSW. Na toetsing aan de fiscale wetgeving (SW, IB, LB) blijkt dat toepassing van de bovengenoemde uitsluiting alleen tot een belastingheffing ingevolge de SW 1956 leidt, wanneer slechts een partij staande het huwelijk de toepasselijkheid van de WVPS en het Boon/Van Loon-regime uitsluit door middel van huwelijkse voorwaarden dan wel door middel van een echtscheidingsconvenant, dan wel dat beide partijen staande het huwelijk de toepasselijkheid van de WVPS en het Boon/Van Loon-regime uitsluiten met dien verstande dat dan alleen als schenking wordt aangemerkt de waarde waarmee de gemeenschappelijke waarde van de pensioenrechten wordt overtroffen. Aangezien hier sprake is van een recht onder een voorwaarde, zal pas schenkingsrecht geheven worden als de voorwaarde vervuld wordt. Aangezien deze heffing van schenkingsrecht in overeenstemming is met de syste-

matiek van de SW 1956, vormt het fiscale recht geen beletsel bij de uitvoering van deze afspraak.

In het tweede deel is onderzocht welke fiscale gevolgen in geval van scheiding verbonden zijn aan het pensioen bij de uitvoering van periodieke en finale verrekenbedingen, waaronder ook het deelgenootschap. Bij het beoordelen van deze fiscale aspecten is ervan uitgegaan dat de gemeenschap van goederen is uitgesloten alsmede de toepasselijkheid van de WVPS. Gebleken is dat het pensioen geen zelfstandige plaats inneemt bij de uitvoering van deze verrekenbedingen en deelgenootschappen. Dat brengt met zich dat geen specifieke fiscale gevolgen verbonden zijn aan het pensioen. Het pensioen wordt zonder fiscale gevolgen opgenomen in het geheel van de verrekeningsvordering. Het fiscale recht sluit derhalve aan op de civielrechtelijke uitvoering van de gemaakte verbintenisrechtelijke afspraken.

In hoofdstuk 7 wordt ten slotte geconcludeerd dat wanneer de voorgestelde aanpassingen in de fiscale wetgeving worden doorgevoerd, het fiscale recht geen belemmering vormt voor de civielrechtelijke uitvoering van de pensioendelingsmethodes in geval van scheiding van tafel en bed dan wel echtscheiding. Het fiscaal recht sluit derhalve aan op de civielrechtelijke pensioendelingsmethodes.

FISCAL ASPECTS OF PENSION DIVISION IN DIVORCE SETTLEMENTS

When a marriage ends in legal separation or divorce, many things, including property and contractual matters, have to be arranged and settled. Part of the separation or divorce settlement is the division of pensions. Chapter 1 provides a definition of what must be understood by 'pension' for the purposes of this study. Pension division in the event of separation or divorce has consequences under both private and tax law. Part One of this study discusses the consequences of separation or divorce for pension division under private law. In Part Two the consequences under tax law are examined.

The core question of this study is the compatibility of tax law with the execution of pension-division methods governed by private law in the event of legal separation or divorce. In consequence, the study involves internal comparative law. Where tax law forms an impediment to the implementation of pension-division methods governed by private law, the author suggests how such impediments may be removed.

The question as to what pension-division methods there are, is answered in Chapters 2 and 3, which discusses pension-setoff and pension-sharing methods. These have a comprehensive history. Under the influence of Roman and German law, matrimonial property law has developed into what it is today. Nonetheless, the area is still in flux. The current Bill 28 867, which is to come into effect on 1 January 2005, provides for an adaptation of the community of property regime. It is not of major relevance, in any case, to all aspect of the author's research.

Developments within the area of matrimonial property law are also of relevance to pensions. That has always been the case and will remain so. The first developments in case law in relation to pensions in the event of separation or divorce date back to the first half of the last century.

On 7 October 1959 (*BNB* 1959/355), the Netherlands Supreme Court passed an important judgment, ruling that pensions were a personal effect, in the sense that they did not fall within the community of property. This meant that, in the event of separation or divorce, pensions could not be allocated to persons other than those entitled, with no room even for any value setoff. This view was entertained by the Supreme Court until 1981, when it took a U-turn. In *Boon v. Van Loon* (HR 27 November 1981, *NJ* 1982/503), the Supreme Court held that, in principle, pension rights fell within the community, because they were conditional claims, unless they were intimately connected to the person entitled. The nature of pension rights does not lend itself to allocation to a person other than the person entitled, however, this does not detract from the fact that in partitioning the community, these rights must be taken into account in the form of a value setoff. The reason for this is that not only is there an intimate connection to the person entitled, but that there are also ties with the person of the other partner, which may not be neglected. As far as retirement pensions are concerned, the tie consists in the fact that, from a social perspective, these are meant to meet the needs of both spouses and that the build-up of such a pension, in view of its full or partial funding by society and the division of labour as exists in many marriages, must be seen in principle as the result of a common effort by both spouses. A similar line of reasoning applies to the widow's pension, which is allocated to

the partner of the participant in the pension scheme. The Supreme Court does not prescribe as mandatory how the setoff must occur, but does offer a number of examples. It is up to practice to develop these setoff methods. The following methods may be characterised as setoff methods:

1. Setoff against conditional pay-out due and payable as the pension instalments are due, providing both partners are alive when the pension becomes operative;
2. Setoff against cash payment;
3. Setoff against allocation of assets;
4. Setoff against pension splitting and pension instalments;
5. Setoff against assignment of pension instalments;
6. Setoff against deposition of a single premium with a professional insurer to acquire an annuity;
7. Setoff against allocation of an existing annuity.
8. Setoff against allocation of a private annuity;
9. Setoff through an increase in alimony payments;
10. Mutual waiver of pension claims.

When two persons enter into marriage, instead of choosing a matrimonial property regime with property-law consequences, they may opt for one under which any community of property is excluded and contractual arrangements are made. The parties have a large degree of discretion in that case. A number of systems to choose from has originated in law. Others have developed through practice. The systems having their origin in law are *deelgenootschap* (participation in the value of the property acquired during marriage) and what was formerly known as *wettelijk deelgenootschap* (statutory participation). Until 1 September 2002, these had a legal basis; however, on that date they ceased to be part of written law. This does not mean that couples contemplating marriage can no longer opt for such a regime. The systems developed in practice are systems of final-setoff and setoff-in-instalments clauses. In particular the Amsterdam variant, a system of setoff in instalments, is used frequently in practice.

In the event of a marriage ending in separation or divorce, where the parties had included a form of property participation in their ante- or postnuptial agreement and operation of the *Wet verevening pensioenrechten bij scheiding* (WVPS, Pension Sharing on Legal Separation or Divorce Act) had been excluded, the value of pension rights accrued during the marriage must be included in the value setoff.

In the event of a final-setoff clause, in its application the value setoff is not much different from participation. The difference between the two is that, in the former case, the matter must be set off as if there had been a community of property. This means that not only the value of pension rights accrued during the marriage must be set off, as in participation, but the value of pension rights accrued prior to the marriage as well. This, incidentally, only applies if operation of the WVPS has been excluded.

In the event of a setoff-in-instalments clause, the system is quite different. Application of this system entails that the unconsumed part of the income must be set off. Case law has clearly shown that payment of pension premiums must be seen as consuming income. This means that pension rights are not part of the unconsumed income. This is also of relevance if it turns out that the setoff-in-instalments clause was not executed during the marriage, which is often the case in practice. If the marriage subsequently ends in separation or divorce, and operation of the WVPS had been excluded, the value of all that has ensued from non-divided, unconsumed income must be set off. Pension rights, again, do not form part of non-divided, unconsumed income. What may be factored in, in the case of setoff in instalments, is the paid-out, but unconsumed, part of the pension instalment. However, it must be borne in mind that these results only apply if operation of the WVPS has been excluded or the WVPS is not applicable.

There are some fiscal impediments, however, to implementing a number of setoff methods. This is the outcome of Chapter 5, in which the fiscal aspects of the pension setoff methods are examined. The legislator has adopted the support and maintenance perspective. This is reflected in a regulation similar to that governing alimony payments. In general, from the date the pension becomes operative, the implementing body fully pays out the pension instalment, after deducting wage tax, to the person under a setoff obligation. Depending on the type of arrangement made, the person under a setoff obligation pays the person entitled to the setoff. The latter is taxed for his share and the person under the setoff obligation may deduct the part he pays on to his ex-partner from his (taxable) income. There are many ways in which this type of setoff may be carried out. It does not have to take place in instalments, for instance, but may be settled by single transaction. Nevertheless, commutation does not take place in that case, but rather pension claims are set off. The person entitled to the pension is under an obligation to set it off. There are no rules as to how this is to be done. It may take place in instalments, but also by single payment. Furthermore, pension commutation means that the scope of the pension claim is changed, which does not apply here. It is only a value setoff.

If pension claims are set off by single transaction, for instance, by paying a one-off amount or by deposition of a single premium with a professional insurer to acquire an annuity, the person under a pension-sharing obligation may deduct this amount, but in so doing he must observe the priority rules of Article 6.2 Income Tax Act 2001. This means that part may be deducted against the progressive rate of Box 1, subsequently against 30%, the rate of Box III, and finally against 25%, the rate of Box II. This is disadvantageous to the person under the pension-sharing obligation. Had he opted for periodical payments over the years, he could have deducted a much greater portion against the progressive rate. The priority rules of Article 6.2 Income Tax Act 2001 entail that the person under a setoff obligation will not wish to perform a setoff by single transaction. The author's suggestion is therefore to amend Article 6.2 Income Tax Act 2001. The principal rule must be that all support and maintenance obligations are charged against income derived from work and the private home, against the progressive rate. This income may not be reduced beyond nil. If there is a surplus of support and maintenance obligations, this is carried forward to the subsequent year. In addition, there must be an exception, which may only be made use of on request. If the taxpayer only enjoys income falling within Box II and/or Box III, he may not carry forward the support and maintenance item to the subsequent year in anticipation of Box I income, but will request that the item be deducted from his existing income falling within Box II and/or Box III. Each time the taxpayer wishes to make use of this exception, he must make a request to that effect in his tax return form. According to the author, by thus adapting Article 6.2 Income Tax Act 2001, a regulation is created which is more just and fair than the present one, equally applicable to all, and in accordance, furthermore, with the legislator's view as set out in the parliamentary preparatory documents.

Subsequently the way in which Article 6.3, par. 1 (d) Income Tax Act 2001 is formulated causes confusion. The word *bedragen* ('amounts') has been used in this provision, which seems to imply that asset values do not fall within its scope, whereas this was intended by legislator. This is evidenced by the previous and legislative history pertaining to Article 6.3 Income Tax Act 2001. The author proposes to us '*al hetgeen*' ('all that') instead of '*bedragen*'. Such an amendment will restore the former situation and make clear the legislator's intention with this provision.

Tax law constitutes an impediment, finally, when pension claims are set off by allocation of an existing tax-law facilitated annuity to the person entitled to the setoff. Also here there is a problem with formulation. It concerns Article 3.134, par. 2 Income Tax Act 2001. The provision ensures that the sanction provisions of the tax-law facilitated annuity regime do not apply if an existing annuity is allocated to the ex-partner. The formulation of the provision entails, however, that it is not operative in the event of pension setoff,

where this was precisely the idea. The legislator has used the word '*verevening*' (pension sharing), whereas there is no possibility of allocating a tax-law facilitated annuity under the pension-sharing methods. For that reason, the formulation of this provision needs to be changed, in the sense that '*verevening*' is replaced by '*verrekening*' (setoff).

After adaptation of the above matters, tax law will be compatible with private law. With regard to some setoff methods it might be concluded that they have lost their relevance in practice, because of their considerable resemblance to the statutory pension-sharing methods, but for the fact that the former methods are of relevance for non-WVPS pensions. This holds true in particular for the method by which a provisional pay-out is awarded to the person entitled to the setoff-provided both partners are still alive when the pension becomes operative-, which will become due and payable when the pension instalments become payable; and the method of pension splitting. These methods are properly facilitated by tax law.

The following setoff methods also enjoy tax-law facilitation and continue to be greatly relevant in practice:

1. Setoff through an increase in alimony payments;
2. Setoff against cash payment;
3. Setoff against asset value;
4. Setoff against allocation of an existing annuity insurance;
5. Setoff through entry into an annuity obligation by the person under a setoff obligation;
6. Setoff against deposition of a single premium with a professional insurer to acquire an annuity by the person under the setoff obligation.

In Chapter 6, attention is subsequently paid to the fiscal effects in relation to pensions in the event that the parties have made special arrangements under the law of obligations. This chapter consists of two parts. In the first part, a study is made of the fiscal effects that ensue from excluding the applicability of the WVPS and the *Boon/Van Loon* regime as well as the provision of Article 8a, parr. 1 and 2 *Pensioen-en spaarfondsenwet* (PSW, Pension and Saving Funds Act). Testing against Dutch tax legislation (Succession Act [SW], Income Tax Act [IB] and Wage Tax Act [LB]) reveals that application of the above exclusions can only result in imposition of tax pursuant to the Succession Act 1956, if just one party excludes the application of the WVPS and the *Boon/Van Loon* regime during the marriage by way of a postnuptial agreement or a contractual divorce agreement, or both parties exclude operation of the WVPS and the *Boon/Van Loon* regime during the marriage, in the sense that only the value exceeding the common value of the pension rights is considered a gift. Inasmuch as this is a conditional right, gift tax will only be levied if the condition is met. The levying of gift tax corresponds with the system of the Succession Act 1956, so that tax law is no impediment to performing the agreement.

In the second part, the fiscal effects on pensions are examined in the event of separation or divorce in executing setoff-in-instalments and final-setoff clauses, with the inclusion of participation. The author's assessment of these fiscal aspects is premised on the idea that both community of property and operation of the WVPS have been excluded. It turns out that pensions are not a separate issue in performing these setoff clauses and forms of participation. This entails that there are no specific fiscal consequences for the pension in question. It is included in the whole setoff claim, without fiscal consequences. This makes tax law compatible with the performance of agreements under the law of obligations.

In the final chapter (Chapter 7), the author concludes that, if the adaptations proposed by her are implemented, tax law will no longer constitute an impediment to the implementation of pension-division methods governed by private law in the event of separation or divorce. Tax law will then be compatible with the pension-division methods governed by private law.

